

## 1.6. Responsabilidad civil

# La naturaleza de la responsabilidad civil precontractual y la obligación de indemnizar: deberes y obligaciones derivadas de la buena fe, información y lealtad

## *The nature of the precontractual civil responsibility and the obligation of rescission: obligations of the good faith, information and loyalty*

por

M.<sup>a</sup> CARMEN NÚÑEZ MUÑIZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil  
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*

**RESUMEN:** En ocasiones, fundamentalmente cuando las partes pretenden celebrar un contrato de cierta envergadura económica, este va precedido de conversaciones o tratos entre los futuros contratantes, denominados tratos preliminares en los que, pese a que en esta fase no existe en sentido estricto un contrato, a las partes se les pueden imponer ciertas obligaciones o deberes de conducta derivados del contacto social y de la confianza que genera, como actuar de acuerdo a la buena fe, deberes de información, lealtad, confidencialidad, en ciertos casos y dependiendo del sistema de referencia, el de protección. Deberes cuyo incumplimiento puede acarrear la obligación para la parte incumplidora, el deber de indemnizar a la otra los perjuicios ocasionados, lo que genera la llamada responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*. Se trata de una responsabilidad en la que se discute casi todo, pues no es pacífico en la doctrina ni su nombre; esto es, si responsabilidad precontractual y culpa *in contrahendo* son sinónimos, ni su naturaleza jurídica: si se trata de una responsabilidad contractual o extracontractual, extremo en el que nos detendremos especialmente. Dada la existencia de distintos regímenes de responsabilidad en nuestro Derecho, cada uno con su propia y distinta regulación, hace que no sea indiferente a las partes ejercitar una u otra acción; esto es, la de responsabilidad contractual o extracontractual, y el supuesto que estudiamos es considerado por la doctrina un caso dudoso de responsabilidad. Tampoco son pacíficos los casos que pueden agruparse, entre otras cuestiones controvertidas. Al estudio de la responsabilidad que surge en esta fase de preparación de un contrato, especialmente el de su naturaleza jurídica, es a lo que vamos a dedicar el presente trabajo.

**ABSTRACT:** *When the parts seek to celebrate a contract with important consequences economic, is preceded of conversations or treatments among the future contracting, denominated preliminary treatments. In this phase a contract doesn't*

exist in strict sense, but the parts certain obligations derived behavior duties of the social contact, can be imposed and of the trust that generates, as acting according to the good faith, duties of information, loyalty, confidentiality, and depending on the reference system, that of protection. Is possible the obligation for the part that don't continued whit the contract, the duty of reimbursing to the other one the caused damages, what generates the call precontractual responsibility in *contrahendo*. It is a responsibility in the one that you almost everything discusses, because it is not peaceful in the doctrine their name; if precontractual responsibility and it accuses in *contrahendo* they are synonymous, neither their artificial nature: if it is a contractual responsibility or extracontractual, end in which we will stop especially. The existence of different system of responsibility in our Law, each one with their own and different regulation, in consequence not to be indifferent to the parts to exercise an or another action; this is, that of contractual responsibility or extracontractual, and the supposition that we study are considered by the doctrine a case of responsibility. To the study of the responsibility in this phase of preparation of a contract, that of their artificial nature, is especially to what we will dedicate the present work.

**PALABRAS CLAVE:** Responsabilidad civil. Culpa *in contrahendo*. Tratos Preliminares. Buena fe. Deber de información. Contrato. Precontrato. Responsabilidad contractual. Responsabilidad extracontractual.

**KEY WORDS:** Civil responsibility. Responsibility in *contrahendo*. Treatments preliminary. Good faith. Information. Contract. Precontrato. Contractual and extra contractual responsibility.

**SUMARIO:** I. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL: CONCEPTO Y ÁMBITO.—II. BREVE REFERENCIA AL ORIGEN DE LA CULPA *IN CONTRAHENDO*.—III. DEBERES PRECONTRACTUALES.—IV. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL O CULPA *IN CONTRAHENDO*.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL: CONCEPTO Y ÁMBITO

Parece oportuno, antes de definir la responsabilidad precontractual, clarificar lo que sea la institución de la responsabilidad, definición que, dada su amplitud, bien podría aplicarse a la culpa *in contrahendo* propiamente dicha<sup>1</sup>.

En sentido técnico, la institución jurídica de la «responsabilidad» se refiere al estado de sumisión en que se encuentra una persona (deudor), o más concretamente su patrimonio<sup>2</sup>, al poder coactivo del acreedor, por haber incumplido una obligación, o infringido el deber genérico de no causar daño a otro, a consecuencia de lo cual este sufre un perjuicio que debe ser reparado. Cuando esto sucede, se dice que el causante del daño incurre en responsabilidad<sup>3</sup>.

La responsabilidad precontractual ha sido definida por ALONSO PÉREZ, M.<sup>4</sup> como «la derivada del incumplimiento de la relación jurídica preparatoria del negocio». Y en un sentido más concreto, la conceptúa como «la que dimana de vulnerar la bona fides *in contrahendo*. Responsabilidad que se concreta en

la obligación de resarcir o indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por la actuación desleal en las obligaciones preliminares».

Obsérvese que en la primera definición el autor habla de incumplimiento de la relación jurídica cuando en esta fase de preparación del contrato no existe tal, sino un mero «contacto social» que efectivamente, debe estar presidido por la buena fe<sup>5</sup>, lealtad<sup>6</sup>, etc., pero no parece que deba hablarse de una relación jurídica, toda vez que de ser así tal vez habría que sostener la existencia de una responsabilidad contractual y, en la misma línea, en la segunda definición se refiere a la vulneración de las obligaciones preliminares.

En su virtud, no es fácil compartir la terminología empleada por el autor, pues entendemos que una cosa es que en la relación existente en el periodo precontractual surjan unos «deberes» de conducta entre las partes, como el actuar de buena fe y lealtad estableciéndose una relación de confianza que no debe ser defraudada, y otra muy distinta la existencia de obligaciones, toda vez que estas nacen entre otras fuentes, de los contratos. Por tanto, no parece apropiado afirmar que en este periodo de simples negociaciones preparatorias de un futuro contrato que puede que no llegue a celebrarse surgen entre las partes obligaciones propiamente dichas<sup>7</sup>.

Por su parte, ASÚA GONZÁLEZ, C. I.<sup>8</sup>, partiendo del estudio realizado de esta institución en países como Alemania (donde aparece por primera vez en 1861 de la mano de IHERING), Italia o Francia, considera que tal responsabilidad es la que surge de actos lesivos que tienen su origen en el periodo de preparación del contrato, pero su ámbito es distinto en cada uno de los sistemas jurídicos estudiados. Considera que en los Derechos francés e italiano, a diferencia del alemán, la invocación de la responsabilidad precontractual debe limitarse a los casos de no contratación o invalidez del contrato y, en su opinión, esta es también la línea que debe mantenerse en el Derecho español; esto es, la responsabilidad precontractual debe tener su origen en comportamientos reconducibles al periodo de formación del contrato, opinión que compartimos.

En esta línea, no se tratará de una responsabilidad precontractual, sino contractual, la derivada del cumplimiento de obligaciones que si bien no fueron pactadas por las partes debido a un defecto de información en la formación del contrato por una de ellas, se consideran integradas en el contrato a través del artículo 1258 y por ello se podrían exigir<sup>9</sup>.

Tampoco lo serán aquellos casos en los que el comportamiento precontractual haya configurado un contrato que no resulta satisfactorio aunque despliegue esos efectos no deseados y el acreedor no pueda exigir la prestación de otra forma, pero sí una indemnización de daños y perjuicios que incluso podría adquirir la forma de modificación de los términos contractuales por traducirse en una rebaja del precio. La conclusión de la autora, es que no se puede invocar la responsabilidad precontractual cuando se trate de un contrato válido que resulte insatisfactorio, con independencia de que se ejecute o termine por resolverse, pues aún entonces, la indemnización se haría desde una óptica contractual<sup>10</sup>.

Nosotros coincidimos en que la responsabilidad que debe invocarse es la contractual, en los casos en los que el contrato es válido, pero insatisfactorio aunque lo sea a consecuencia de un defecto de información derivada de la etapa precontractual. Empero, si el contrato realmente se resuelve, tenemos serias dudas de que proceda el ejercicio de una acción de responsabilidad contractual, pues el TS exige para que surja la responsabilidad contractual que el acto lesivo se haya producido en la rigurosa órbita de lo pactado, y como desarrollo del concreto contenido negocial<sup>11</sup>, y todo lo que rebase este ámbito entraría en el terreno de

la responsabilidad extracontractual. No considera suficiente la existencia de una previa y concreta vinculación entre las partes, sino que es necesario que el acto dañoso se produzca en la rigurosa órbita de lo pactado, cosa difícil si el contrato no se ejecuta porque se ha resuelto.

Pero también debemos destacar que, a pesar de la denominación de responsabilidad contractual, el Tribunal Supremo ha señalado en reiteradas ocasiones que no es necesario que entre las partes exista un contrato para que surja este tipo de responsabilidad, siendo suficiente que estén ligadas por una específica relación semejante a un contrato, por ejemplo, las relaciones surgidas de la comunidad de bienes, o de la propiedad horizontal, o incluso, una relación de Derecho público semejante a un contrato de Derecho privado<sup>12</sup>.

Así lo puso de manifiesto, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de enero de 1984<sup>13</sup>, que, adicionalmente, aclaraba que aunque no haya obligación derivada de un contrato, sí hay otra relación jurídica que concede un medio específico para el resarcimiento. Ello excluye la aplicación del artículo 1902 del Código Civil, pues la regla general es la aplicación preferente de los preceptos acerca de la responsabilidad contractual. En cualquier caso, se exige la existencia de una relación entre las partes, lo que no se dará si el contrato se resuelve, por lo que nos resulta difícil reconducirlo al ámbito del contrato cuando este no se ejecuta<sup>14</sup>.

Por su parte, CABANILLAS SÁNCHEZ, A.<sup>15</sup> considera que en virtud de la responsabilidad precontractual, se hace responsable a quien, en la fase de tratos preliminares ha llevado a cabo un comportamiento lesivo y contrario a los imperativos de la buena fe. Esta peculiar responsabilidad —dice el autor— se refiere a la infracción de las reglas de lealtad y diligencia que impone la buena fe en el periodo de formación del contrato.

Si bien en la definición no hace referencia al supuesto de contrato inválido, más adelante opina que este es un caso típico de *culpa in contrahendo*, entendiendo, frente a lo sostenido por ASÚA GONZÁLEZ<sup>16</sup> que hay que recurrir a la *culpa in contrahendo* cuando se ha celebrado un contrato válido y una de las partes ve lesionados sus intereses por su contenido, debiéndose a un comportamiento reprochable en el periodo precontractual, de la otra.

## II. BREVE REFERENCIA AL ORIGEN DE LA CULPA IN CONTRAHENDO

Como ya se ha puesto de relieve en líneas anteriores, el origen de la culpa *in contrahendo* se remonta a la segunda mitad del siglo XIX, cuando RUDOLF VON IHERING trató de responder a la cuestión de si la parte que había cometido un error esencial en la celebración de un contrato respondía frente a la otra del daño causado por su culpa. El análisis de las fuentes romanas le lleva a sostener que la parte que ocasiona la nulidad de un contrato responde frente a la otra de los daños causados por la anulación, no porque el contrato sea nulo, sino porque teniendo conocimiento de ello, no previno a la otra causándole con ello un daño.

La idea fue recogida por autores posteriores y recibida por diversos Códigos, tanto el BGB como el Código Civil suizo y el Código de obligaciones de este mismo país, si bien en ninguno se formula un principio general de la responsabilidad que se genera en este periodo de la formación de un contrato. Será a mediados del siglo XIX, cuando tal principio se consagra en el Código Civil griego de 1940 y en el italiano poco después. En las décadas siguientes el principio se incorporó a otros Códigos como el portugués o el de la República Democrática Alemana<sup>17</sup>.

Es de destacar que, por la fecha de publicación de nuestro Código Civil, no dedica precepto alguno relativo a tal tipo de responsabilidad, si bien existen artículos en los cuales hay huellas de la responsabilidad en la etapa de preparación de un contrato. En este sentido, puede destacarse el artículo 1258, en el cual la remisión a la buena fe constituye una fuente heterónoma de la integración del contrato que posee eficacia normativa directa<sup>18</sup>, así como el 7.1, que constituye un intento de plasmar lo que ya era un principio general de nuestro Derecho, si bien, a juicio de GARCÍA RUBIO, M. P.<sup>19</sup> resulta un intento parcialmente fallido, en tanto que la buena fe debe ser exigible no solo en el ejercicio de los derechos, sino también en el cumplimiento de las obligaciones y en los actos jurídicos.

En ambos preceptos mencionados, se alude a la buena fe en sentido objetivo, es decir, buena fe como respeto a las normas de conducta colectiva que son propias de toda conciencia honrada y leal y van implícitamente exigidas en cada caso como necesarias para el normal y feliz término de todo negocio jurídico o como exigencia de una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atenuamiento de las consecuencias que todo acto consciente y libre pueda provocar en el ámbito de la confianza ajena<sup>20</sup>.

GARCÍA RUBIO, M. P.<sup>21</sup> considera que en nuestro Derecho la aplicación de la buena fe en la etapa precontractual encuentra múltiples justificaciones. En primer lugar puede considerarse la aplicación analógica del artículo 1258 del Código Civil extendiéndolo a la etapa prenegocial<sup>22</sup>. Así mismo, cabe valorar la aplicación del artículo 7.1 del Código Civil en relación con los derechos ejercitables en la etapa precontractual, y también se puede acudir, según la autora citada, a la eficacia de la buena fe como principio general del Derecho español, lo cual obliga a las partes a comportarse lealmente no solo en el desenvolvimiento de las relaciones ya constituidas, sino también a adoptar un comportamiento leal en la fase previa a la constitución de dichas relaciones.

### III. DEBERES PRECONTRACTUALES

Como señala DE ÁNGEL YAGÜEZ, R<sup>23</sup>, el Derecho codificado ha prestado poca atención a la fase de preparación del contrato. Es por ello que los códigos no se ocupan de establecer los deberes de conducta que incumben a quienes participan en negociaciones preliminares. Solo hay, a veces, referencias a la buena fe que debe presidir su desarrollo.

La responsabilidad *in contrahendo* se sostiene sobre la base de la buena fe; buena fe entendida como canon de comportamiento en el ejercicio de los derechos (art. 7.1 CC español), bien considerada como criterio de integración del contrato por analogía (art. 1258 CC). Con todo, en el trasfondo de todo ello, se encuentra la idea de confianza creada en una de las partes de la negociación por las manifestaciones de la otra<sup>24</sup>.

No obstante, en las dos últimas décadas se observa una tendencia europea a positivizar y recoger de modo expreso en diversas normas de distinto alcance y contenido, los deberes precontractuales basados fundamentalmente en la buena fe y la lealtad en los tratos<sup>25</sup>.

De este modo el artículo 1:201 de los *Principios de Derecho Europeo de los Contratos*, PECL consagra, entre los deberes generales incluidos en la Sección 2 de su Capítulo 1, el principio general de buena fe y lealtad en los tratos. Los propios PECL contienen varios preceptos que resultan especificaciones concretas

del mismo. Así, bajo el título *Responsabilidad por negociaciones*, la Sección 3 del Capítulo 2 incluye dos artículos que se denominan, respectivamente, *Negociaciones contrarias a la buena fe* (art. 2:301) y *Ruptura de la confidencialidad* (art. 2:302).

A su vez, en el artículo 4:106, relativo a la validez de los contratos, contiene un precepto dedicado al caso de celebración del contrato bajo el supuesto de haber sufrido «información incorrecta»<sup>26</sup>, claramente relacionado con otros artículos de este mismo capítulo, como el 4:107 y el 4:109.

En este sentido, el artículo 2:301 dispone:

«1. Las partes son libres de negociar y no son responsables por el hecho de que no se alcance un acuerdo.

2. Sin embargo, la parte que hubiera negociado o roto las negociaciones en forma contraria a la buena fe y a la lealtad, es responsable de las pérdidas causadas a la otra parte.

3. Es contrario a la buena fe y a la lealtad, en particular, que una de las partes inicie o continúe negociaciones sin intención real de alcanzar un acuerdo con la otra».

Este precepto reconoce un principio de libertad en la contratación y pueden las partes abandonar libremente las negociaciones, pues no se impone la necesidad de llegar a un acuerdo<sup>27</sup>. Pese a todo, si las negociaciones están lo suficientemente avanzadas como para que una de las partes confíe en que el contrato se celebrará, si la otra rompe de modo injustificado incurre en responsabilidad. Puede decirse que se llega a un punto de no retorno en que las negociaciones no pueden romperse sin faltar a la buena fe<sup>28</sup>. Nuestro TS se ha pronunciado sobre la ruptura de los tratos preliminares en ese punto que puede considerarse, como decimos, de no retorno en la sentencia, de 16 de mayo de 1988<sup>29</sup>.

Pese a lo dispuesto en el punto 3 del precepto transcrito, BERNAD MAI-NAR<sup>30</sup> distingue dos grados de voluntad que presiden los tratos preliminares: el simple ánimo de entenderse sin crear vínculo jurídico alguno; y, por otro lado, la verdadera intención de contratar.

En nuestra opinión los tratos preliminares se caracterizan por la inexistencia de vínculo jurídico, si bien con intención de las partes de llegar a adquirirlo y, desde luego, disentimos de la diferenciación establecida por el autor; pues en puridad de principio, lo normal es que las partes inicien negociaciones con intención de contratar con independencia de que luego lleguen a un acuerdo o no, pero no simplemente con el propósito de entenderse, sin otra aspiración ulterior.

En parecido sentido, el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos en su artículo 6 dispone: «Cada una de las partes es libre para emprender tratativas con vistas a concluir un contrato sin que se le pueda imputar ninguna responsabilidad en caso de que el contrato no sea celebrado, salvo si su comportamiento es contrario a la buena fe».

Por su parte, el artículo 2:302 establece deberes de confidencialidad cuando señala: «Si en el curso de unas negociaciones una de las partes facilita a la otra una información confidencial, esta última queda obligada a no revelar la información recibida, ni a utilizarla para sus propios fines, tanto si el contrato queda posteriormente concluido como si no. La inobservancia de este deber puede incluir una compensación por pérdida sufrida y la restitución del beneficio obtenido por la otra parte».

Este deber de confidencialidad también es recogido en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos al disponer que «las partes tienen el deber de

hacer un uso reservado de las informaciones obtenidas confidencialmente en el curso de las tratativas».

BERNAD MAINAR, R., se refiere en esta etapa de preparación del contrato, a un deber de veracidad entre las partes concretado en un deber de información a los fines de obtener un consentimiento libre y concienzudo, toda vez que la información precontractual, basada en el principio de la buena fe, no debería entenderse como absoluto, sino que debe estar sujeto a ciertos límites, ya derivados del derecho a la intimidad o del deber que a su vez el otro contratante tiene de autoinformarse<sup>31</sup>.

Como puede observarse, los deberes que han de presidir la actuación de las partes en la fase de tratos previos a la celebración de un contrato ya están siendo positivizados, al menos en la UE, si bien existen normas que expresamente los recogen y de cuyo incumplimiento, de los deberes, surge una responsabilidad, pues en esta etapa del contrato siempre ha existido la duda respecto a la responsabilidad de las partes dada la inexistencia de contrato entre las mismas. Evidentemente, concurren otras normas que expresamente recogen estos deberes, pero nos hemos limitado a las citadas por razones de espacio y con la única finalidad de poner de manifiesto la positivización de los deberes de las partes en esta fase previa al contrato.

Otro punto extremadamente conflictivo es el tipo de responsabilidad que se contrae en este periodo; esto es, contractual o extracontractual, aspecto al que vamos a dedicar las siguientes líneas.

#### IV. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL O CULPA *IN CONTRAHENDO*

Uno de los problemas más debatidos que plantea la responsabilidad precontractual, es el de su naturaleza contractual o extracontractual, incluso ha llegado a plantearse la conveniencia de una tercera categoría distinta de la contractual y la extracontractual en la que sería encuadrable la culpa *in contrahendo*.

La responsabilidad civil, tema de notable importancia y constante actualidad —aunque al decir de algunos, en franca decadencia<sup>32</sup>—, presenta en la práctica un buen número de cuestiones controvertidas motivadas, en buena medida, por la concurrencia de distintos regímenes jurídicos aplicables dependiendo de su origen, esto es, contractual o extracontractual. Las dificultades al respecto, podrían ser agrupadas en dos apartados, si bien desembocan en una duda de carácter práctico esencial para el resarcimiento de la víctima: ¿qué acción ejercitar en cada caso?

En este sentido, de una parte, ha de ser afrontada la existencia de una zona de, por expresarlo de alguna forma, dudosa contractualidad; esto es, la concurrencia de relaciones entre partes en las cuales no está claro si «el vínculo» existente entre ellas tiene entidad suficiente para generar responsabilidad contractual, o, si por el contrario, la acción adecuada será la de responsabilidad extracontractual; cuestión esta que no es baladí, dadas las diferencias existentes entre ambos institutos en nuestro Derecho. Es el caso, por ejemplo, de la distinta prescripción de la acción, un año para la responsabilidad extracontractual y quince para la contractual, el *quantum* indemnizatorio, la carga de la prueba... Todo esto hace que resulte prioritario determinar qué tipo de responsabilidad se contrae en este periodo.

Sabido es que dos son los distintos orígenes de la responsabilidad: si lo que se infringe es el deber genérico de no causar daño a otro, sin que entre el causante y

la víctima exista una previa y concreta relación, sino que esta surge a consecuencia del evento dañoso, en cuyo caso puede decirse que la relación entre ambos es un *posterius*<sup>33</sup>. Por tanto, nos hallamos en presencia de la llamada responsabilidad civil extracontractual, regulada en los artículos 1902 y sigs. del Código Civil, a cuyo tenor el que por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

Sin embargo, también puede ocurrir que entre ambas partes exista una previa relación obligatoria (generalmente un contrato) que resulta incumplida, o defectuosamente cumplida por el deudor, en cuyo caso estamos en presencia de la responsabilidad contractual, u obligacional<sup>34</sup>, regulada en los artículos 1101 y sigs. del Código Civil, al disponer el citado precepto que quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieran el tenor de aquellas.

Debemos destacar que, a pesar de su denominación, el Tribunal Supremo ha señalado en reiteradas ocasiones que no es necesario que entre las partes exista un contrato para que surja este tipo de responsabilidad, siendo suficiente que estén ligadas por una específica relación semejante a un contrato, por ejemplo, las relaciones surgidas de la comunidad de bienes, o de la propiedad horizontal, o incluso, una relación de Derecho público semejante a un contrato de Derecho privado. Así lo puso de manifiesto, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de enero de 1984<sup>35</sup> la que, además, aclaraba que aunque no haya obligación derivada de un contrato, si hay otra relación jurídica que concede un medio específico para el resarcimiento, excluye la aplicación del artículo 1902 del Código Civil, pues la regla general es la aplicación preferente de los preceptos acerca de la responsabilidad contractual.

Esto supone la existencia de un buen número de supuestos en los que no es fácil determinar si nos encontramos ante una relación susceptible de generar responsabilidad contractual o extracontractual, como es el caso analizado.

En este supuesto, no faltan autores que sostienen que en nuestro Derecho no es imprescindible recurrir a una idea de responsabilidad precontractual por disponer de una amplia fórmula de responsabilidad extracontractual, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el Derecho alemán, aunque reconociendo su utilidad en un intento de que las partes actúen con el debido respeto de los intereses de la persona con la que se entablan negociaciones<sup>36</sup>.

Buena parte de la doctrina considera más acertado que el tipo de responsabilidad que se contraiga en este periodo sea extracontractual<sup>37</sup>; sin embargo, también hay argumentos que permiten defender su carácter contractual<sup>38</sup>.

Es más, incluso ha llegado a mantener una posición intermedia que, aceptando la posibilidad genérica de encuadramiento en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, sostiene la necesidad de contar con normas propias. En este sentido CABANILLAS SÁNCHEZ, A.<sup>39</sup> pone de manifiesto que la heterogeneidad de los supuestos que se sitúan en el marco de la responsabilidad precontractual explican que la obligación resarcitoria que nos ocupa, no admita un único encasillamiento; permite la ubicación extracontractual, pero en no pocas ocasiones encuentre cabida en la responsabilidad contractual. Una reflexión de esta naturaleza exige el análisis de las distintas situaciones en las que puede aislarse un supuesto de culpa *in contrahendo* para delimitar sus características estructurales y el régimen que se puede plantear adecuado al sistema<sup>40</sup>.

Con todo, y a nuestro juicio, parece más adecuado pensar que estamos en presencia de una responsabilidad extracontractual, pues no puede decirse que



exista en este periodo una concreta relación obligatoria a cargo de las partes, aunque su actuación debe acomodarse a las exigencias de la buena fe. Desde luego, compartimos la opinión de la no necesidad de un tercer tipo de normas que regulen la responsabilidad que pueda contraerse en esta fase, pues, en definitiva, se trata de indemnizar unos perjuicios ocasionados y no vemos razón para que deba atenderse al origen de estos, al momento de su producción o las circunstancias en que tienen lugar para regularlo de una forma u otra; sencillamente se han causado unos daños por una cuantía determinada a una de las partes que hay que reparar, y, dada la dicotomía existente en nuestro Código Civil según se trate de culpa contractual o aquiliana, habrá que clasificarlos en una de las dos categorías para aplicarle una de ambas normativas, pero no elaborar normas específicas.

Sin embargo, cuando los daños derivan del incumplimiento de un precontrato existe una clara vinculación entre las partes que originaría una responsabilidad contractual<sup>41</sup>. El TS también se ha pronunciado en este mismo sentido en la Sentencia, de 16 de mayo de 1988, pues manifiesta que «si no existe contrato ni promesa de contrato no puede mantenerse que hubo un incumplimiento contractual, generador de una obligación de resarcimiento, conforme a los mencionados preceptos legales», de donde se deduce claramente, que la promesa de contrato da lugar a responsabilidad contractual. Y, por el contrario, considera extracontractual la responsabilidad dimanante de la *culpa in contrahendo*; dice lo siguiente: «la existencia de culpa *in contrahendo* que al fallar aquella relación contractual se nos ofrece como aquiliana, puesto que no puede negársele al constituir una violación del principio *neminem laedere*, que determina la responsabilidad de los demandados...».

El supuesto de hecho de la sentencia es el siguiente: el demandante, empleado de un Banco, inicia conversaciones con los directivos sobre su traslado a otra oficina de la compañía, sita en Miami (EEUU). En un punto determinado de las conversaciones, él y su esposa, empezaron a realizar disposiciones relativas al traslado, que debieron de considerar inminente; vendieron el automóvil y la esposa pidió excedencia en su trabajo como auxiliar de clínica de la Seguridad Social. Finalmente, el traslado no se produjo, con los consiguientes perjuicios derivados de los gastos mencionados y las decisiones adoptadas, por lo que interpone una demanda ante la Jurisdicción laboral, que fue desestimada. Posteriormente, y junto con su esposa, exige indemnización de daños y perjuicios al Banco y sus directivos, al amparo del artículo 1101 del Código Civil, por vulneración de un contrato de compromiso. En primera instancia se concede una indemnización pero por responsabilidad extracontractual, sentencia que fue revocada en segunda instancia por incongruente. El TS casa la sentencia y confirma la de Primera Instancia en todos sus extremos apreciando la existencia de culpa *in contrahendo* en los demandados, pero considerando que esta es extracontractual.

De todas formas, creemos que la solución a este problema pasa, como indica GARCÍA RUBIO, M. P.<sup>42</sup>, por la unificación de ambos tipos de responsabilidad con pequeñas variaciones que en ningún caso justifican la bipartición, ni por supuesto la división tripartita en caso de prevalecer la tesis ecléctica que sostiene la conveniencia de un tipo de normas específicas para la responsabilidad que se contrae en este periodo.

A nuestro juicio, no hay razón para mantener la diferente regulación de ambos tipos contractuales y dejar en el limbo la responsabilidad contraída en ese periodo previo a la perfección del contrato, pues si bien es cierto que en los últimos años la culpa *in contrahendo* ha sido objeto de más atención por

parte de la doctrina e inclusión por la legislación, si bien en la UE, como se ha tenido ocasión de comprobar. En nuestro Código Civil la situación sigue siendo la misma que en la época de la codificación, cuando la realidad ha cambiado sustancialmente, pasando de un esquema contractual basado en la igualdad de las partes contratantes a sistema de contratación en masa. Con todo, hay que reconocer que la contratación individual aún conserva su importancia, y en contratos de una cierta entidad económica en los que por supuesto, existen conversaciones previas a su perfección, como puede ser la compra-venta de inmuebles.

Por todo ello, se propone de *lege ferenda* la unificación de la normativa de la responsabilidad civil eliminando las diferencias existentes dependiendo del origen de la misma, si bien debe reconocerse que las mismas en la práctica está muy atenuadas<sup>43</sup> y la tendencia, tanto doctrinal como jurisprudencialmente es a la unificación.

## V. CONCLUSIONES

1. La responsabilidad precontractual, pese a la escasa atención de que ha sido objeto por parte de la doctrina y, por supuesto de los Códigos, al menos en nuestro país, en la actualidad está adquiriendo gran auge debido a la complejidad de la contratación actual que difiere considerablemente de la de la época de la codificación.

2. Consecuencia de ello es la positivización de ciertos deberes precontractuales que las partes han de observar en este periodo previo a la perfección del contrato, al menos en la UE, lo que se traduce en una mayor atención doctrinal a esta fase del contrato.

3. Uno de los problemas más discutidos, sobre todo doctrinalmente, pues la jurisprudencia ha tenido escasas ocasiones de pronunciarse sobre el tema, es la naturaleza de tal tipo de responsabilidad habida cuenta de la existencia de distintos regímenes de responsabilidad dependiendo de su origen, esto es, contractual o extracontractual.

4. Teniendo en cuenta la regulación actual de nuestro Código Civil, entendemos que la responsabilidad precontractual tiene más encaje en la responsabilidad extracontractual, si bien creemos que es más adecuado la unificación de ambos regímenes de responsabilidad y cuando se cause un daño a alguna persona, deba ser indemnizado con independencia del origen de la responsabilidad, esto es, contractual, extracontractual o que se haya producido en el ámbito de preparación de un posible futuro contrato.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1997). *Derecho civil, II*, vol. 1.º, Bosch, Barcelona.
- ALONSO PÉREZ, M. (1971). La responsabilidad precontractual, *RCDI*, núm. 485, pp. 959-922.
- ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (1989). *Culpa in contrahendo. (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Departamento de publicaciones de la Universidad del País Vasco, Bilbao.
- BERNAD MAINAR, R. (2013). Naturaleza jurídica de los tratos preliminares a la luz del Derecho Comparado, *RCDI*, núm. 740, pp. 4009-4040.

- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., (1995). El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo, *RCDI*, núm. 628, pp. 747-788.
- CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L. H. (1991). La responsabilidad civil contractual y extracontractual, *Academia Sevillana del Notariado*, t. IV, pp. 165-185.
- (2004). Notas sobre el denominado precontrato, en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, t. I, pp. 1081-1091.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (1995). *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, Civitas, Madrid.
- (2010). Lealtad en el periodo precontractual, *ADC*, núm. LXIII, pp. 575-636.
- DE COSSÍO, A. (1966). La causalidad en la responsabilidad civil estudio de Derecho español, *ADC*, vol. 19, pp. 527-554.
- GARCÍA RUBIO, M. P. (1991). *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid, Tecnos.
- GARCÍA RUBIO, M. P. y OTERO CRESPO, M. (2010). La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo, *Indret*, pp. 2-62.
- GÓMEZ CALLE, E. (1994). *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., (2013). Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del Derecho de obligaciones, *RCDI*, núm. 738, pp. 2253-2328.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (1980). Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación. (En torno a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1977) *RDP*, pp. 50-78.
- (2014). *Principios de Derecho civil, III. Contratos*, Marcial Pons, Madrid.
- MANZANARES SECADES, A. (1985). La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo, *ADC*, vol. 38, núm. 4, pp. 979-1009.
- MEDINA ALCOZ, M., La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual. *V Lex*, pp. 1-42. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/ruptura-injustificada-precontractua-289829>.
- MONSALVE CABALLERO, V. La ruptura injustificada de los tratos preliminares y su relación jurídica prenegocial, en el Derecho europeo continental, *V Lex*, <http://doctrina.vlex.com.co/vid/ruptura-injustificada-tratos-prenegocial-42562628>.
- NÚÑEZ MUÑIZ, M. C. (2013). El distinto origen de la responsabilidad contractual y extracontractual: aportaciones para una revisión crítica de las controversias jurisprudenciales y doctrinales planteadas ante esta dualidad, *RCDI*, núm. 736, pp. 1190-1229.
- OVIEDO ALBÁN, J. (2008). Tratos preliminares y responsabilidad precontractual, *Universitas*. Bogotá (Colombia), núm. 115, pp. 83-116.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (2011). Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación de un futuro Código Latinoamericano de contratos, *ADC*, pp. 897-929.
- Comentario de la STS de 19 de junio de 1984, *CCJC*.
- SALEILLES, M. R. De la responsabilidad precontractual a propósito de un estudio sobre la materia, *V Lex*, <http://vlex.com/vid/responsabilidad-precontractual-proposito-estudio-232259893>.
- VALES DUQUE, P. (2006). La responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo, en *Libro-Homenaje al Profesor AMORÓS GUARDIOLA*, T. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid.

VERDA Y VEHAMONTE, J. M. (2006). El dolo *in contrahendo*, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 16, pp. 25-40.

YZQUIERDO TOLSADA (1991). La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderna unificación, *RCDI*.

## VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 26 de enero de 1984
- STS de 19 de junio de 1984
- STS de 9 de julio de 1984
- STS de 16 de diciembre de 1986
- STS de 16 de mayo de 1988
- STS de 10 de junio de 1991
- STS de 10 de junio de 1991
- STS de 11 de octubre de 1991
- STS de 1 de febrero de 1994
- STS de 8 de julio de 1996
- STS de 21 noviembre de 1996

## NOTAS

<sup>1</sup> Contacto social o pura relación social, pero con consecuencias jurídicas, *vid.* ALONSO PÉREZ, M. (1971), La Responsabilidad precontractual, *RCDI*, núm. 485, pp. 859-922.

<sup>2</sup> En este sentido DE COSSÍO, A. (1966). La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español, *ADC*, vol. 19, pp. 527-554, advierte que no se trata tanto de imputar a una persona un hecho dañoso como de determinar cuál es el patrimonio que en último término habrá de soportar sus consecuencias dañosas.

<sup>3</sup> NÚÑEZ MUÑIZ, M. C., *ob. cit.*

<sup>4</sup> *Ob. cit.*

<sup>5</sup> Sobre este punto, *vid.*, JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (2013), Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del Derecho de Obligaciones, *RCDI*, núm. 738, pp. 2253-2328; GÓMEZ CALLE, E., (1994) *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid.

<sup>6</sup> Sobre este punto, véase, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (2010), Lealtad en el periodo precontractual, *ADC*, núm. LXIII, pp. 575-636.

<sup>7</sup> Aunque algún autor como CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1995), El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*, *RCDI*, núm. 628, pp. 747-788, considera que ambas expresiones pueden utilizarse indistintamente.

<sup>8</sup> (1989), *Culpa in contrahendo. (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Departamento de publicaciones de la Universidad del País Vasco, Bilbao.

<sup>9</sup> Cfr. NÚÑEZ MUÑIZ, M. C. (2013), El distinto origen de la responsabilidad contractual y extracontractual: aportaciones para una revisión crítica de las controversias jurisprudenciales y doctrinales planteadas ante esta dualidad, *RCDI*, núm., 736, pp. 1190-1229.

<sup>10</sup> ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *ob. cit.*

<sup>11</sup> Pueden citarse, entre otras muchas, las sentencias de 16 de diciembre de 1986; 10 de junio de 1991; 11 de octubre de 1991; 1 de febrero de 1994; 21 de noviembre de 1996; 8 de julio de 1996.

<sup>12</sup> Cfr. GARCÍA RUBIO, M. P. (1991). *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid, Tecnos.

<sup>13</sup> También las de 19 de junio de 1984; 9 de julio de 1984; 10 de junio de 1991; 8 de julio de 1996, entre otras.

<sup>14</sup> Cfr. VALES DUQUE, P. (2006). La responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*, en *Libro-Homenaje al Profesor AMORÓS GUARDIOLA*, T. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid.

<sup>15</sup> *Ob. cit.*

<sup>16</sup> *Ob. cit.*

<sup>17</sup> GARCÍA RUBIO, M. P. y OTERO CRESPO, M. (2010). La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo, *InDret*, pp. 2-62; GARCÍA RUBIO, M. P., (1991), *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*. Madrid, Tecnos; ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *ob. cit.*

<sup>18</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C. (1980), Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación. (En torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1977) *RD*, pp. 50-78.

<sup>19</sup> *Ob. cit.*

<sup>20</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., *ob. cit.*

<sup>21</sup> *Ob. cit.*

<sup>22</sup> En este sentido ALONSO PÉREZ, M., *ob. cit.*

<sup>23</sup> *Ob. cit.*, LASARTE ÁLVAREZ, C. (2014), *Principios de Derecho civil, III. Contratos*, Marcial Pons, Madrid.

<sup>24</sup> DE ANGEL YAGÜEZ, R., *ob. cit.*

<sup>25</sup> Cfr. GARCÍA RUBIO, M. P. y OTERO CRESPO, M., *ob. cit.*

<sup>26</sup> Tradicionalmente se partía de un principio de igualdad entre ambas partes contratantes y se consideraba que cada una tenía un deber de autoinformarse y no podía hablarse de un deber de información de una parte a la otra propiamente dicho, sino que cada cual debía velar por sus propios intereses, pero en la actualidad empieza a considerarse el tema desde otra perspectiva. Sobre los deberes de información, véase entre otros, JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *ob. cit.*, y GÓMEZ CALLE, E., *ob. cit.*

<sup>27</sup> En este sentido se manifiesta BERNAD MAINAR, R. (2013), Naturaleza jurídica de los tratos preliminares a la luz del Derecho Comparado», *RCDI*, núm. 740, pp. 4009-4040, quien, sin embargo admite la posibilidad de incluir en los tratos preliminares eventuales cláusulas penales para el caso de que el contrato no llegue a celebrarse.

<sup>28</sup> Cfr. *ob. ult. cit.* Sobre la ruptura de las negociaciones, véase MONSALVE CABALLERO, V., La ruptura injustificada de los tratos preliminares y su relación jurídica prenegocial, en el Derecho europeo continental, *V Lex*, <http://doctrina.vlex.com.co/vid/ruptura-injustificada-tratos-prenegocial-42562628>

<sup>29</sup> El supuesto de hecho es el siguiente: el demandante, empleado de un Banco, inicia conversaciones con los directivos sobre su traslado a otra oficina de la compañía, sita en Miami (EE.UU). En un punto determinado de las conversaciones, él y su esposa, empezaron a realizar disposiciones relativas al traslado, que debieron de considerar inminente; vendieron el automóvil y la esposa pidió excedencia en su trabajo como auxiliar de clínica de la Seguridad Social. Finalmente, el traslado no se produjo, con los consiguientes perjuicios derivados de los gastos mencionados y las decisiones adoptadas, por lo que interpone una demanda ante la Jurisdicción laboral, que fue desestimada. Posteriormente, y junto con su esposa, exige indemnización de daños y perjuicios al Banco y sus directivos, al amparo del artículo 1101 CC. por vulneración de un contrato de compromiso. En primera instancia se concede una indemnización pero por responsabilidad extracontractual, sentencia que fue revocada en segunda instancia por incongruente. El TS casa la sentencia y confirma la de Primera Instancia en todos sus extremos apreciando la existencia de culpa *in contrahendo* en los demandados.

<sup>30</sup> BERNAD MAINAR, R., *ob. cit.*

<sup>31</sup> BERNAD MAINAR, R., *ob. cit.* Véase también JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *ob. cit.*, y GÓMEZ CALLE, E. *ob. cit.*

<sup>32</sup> Según DE ÁNGEL YAGÜEZ (1995), *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, ciertos postulados permiten poner en tela de juicio la misma noción de responsabilidad civil.

<sup>33</sup> En este sentido se ha pronunciado el TS en las sentencias de 9 de julio de 1984 y 10 de junio de 1991.

<sup>34</sup> CLAVERÍA GOSÁLVEZ (1991), La responsabilidad civil contractual y extracontractual, *Academia Sevillana del Notariado*, t. IV, pp. 165-185, considera incorrecta la denominación de responsabilidad contractual, puesto que esta responsabilidad deriva, no solo del incumplimiento de un contrato, sino del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de cualquier obligación, ya provenga esta del contrato o de cualquier otra fuente. También ALBALADEJO GARCÍA, M. (1997), *Derecho civil*, II, vol. 1.º, Bosch, Barcelona.

<sup>35</sup> También las de 19 de junio de 1984; 9 de julio de 1984; 10 de junio de 1991; 8 de julio de 1996, entre otras.

<sup>36</sup> Cfr. ASÚA GONZÁLEZ (1989), *La culpa in contrahendo*, Universidad del País Vasco, Bilbao.

<sup>37</sup> En este sentido ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (1988), Comentario de la STS de 16 de mayo de 1988, *CCJC*; *La culpa in contrahendo*, *ob. cit.*; DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, *ob. cit.*, y Díez Pícazo-Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, *ob. cit.*

<sup>38</sup> Cfr. ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo*, *ob. cit.*; Comentario de la Sentencia de 16 de mayo de 1988, *ob. cit.*, YZQUIERDO TOLSADA (1991), La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderna unificación, *RCDI*; PANTALEÓN PRIETO, Comentario de la STS de 19 de junio de 1984, *CCJC*, plantea la posibilidad de que la responsabilidad contractual se pueda extender a todos aquellos casos en que entre el dañante y la víctima exista una relación de contacto social (tratos preliminares, responsabilidad precontractual, relaciones de hecho etc.), aunque advierte sus dudas al respecto porque la gran «volatilidad» de los medios de prueba que caracteriza a tales relaciones inclina a aplicarles el breve plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad extracontractual, y no el demasiado largo de la responsabilidad contractual.

<sup>39</sup> *Ob. cit.*

<sup>40</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., *La responsabilidad precontractual...* *ob. cit.*, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *ob. cit.*

<sup>41</sup> Respecto del precontrato, véase CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L. H. (2004), Notas sobre el denominado precontrato, en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, t. I, *ob. cit.*, pp. 1081-1091.

<sup>42</sup> *Responsabilidad precontractual...*, *ob. cit.*

<sup>43</sup> NÚÑEZ MUÑOZ, M. C., *ob. cit.*